

RESPUESTAS A LOS COMENTARIOS SOBRE LA APERTURA DE DATOS DE LA INFORMACIÓN REPORTADA AL SISTEMA ÚNICO DE INFORMACIÓN, EN RELACIÓN CON EL SECTOR DE ENERGÍA Y GAS COMBUSTIBLE

La Superintendencia Delegada para Energía y Gas Combustible, el 19 de abril de 2017 publicó y comunicó a los prestadores de los servicios públicos de ese sector, quienes son los titulares de la información que reportan y almacena el Sistema Único de Información, el documento *“Propuesta de Apertura de Datos de la Información reportada al Sistema Único de Información (SUI) en relación con los servicios de Energía y Gas Combustible”*, mediante el cual, dio a conocer las razones y fundamentos que motivan la iniciativa de hacer pública aquella base de datos.

En respuesta a la comunicación del documento que justifica la apertura de datos del SUI, esta Superintendencia recibió comentarios y solicitudes de reserva de información. Así, una parte de los prestadores allegaron escritos en los que manifestaron que toda la información que reportan es pública¹, otros alegaron que determinada información reportada ostenta el carácter de reservada o clasificada de acuerdo con las excepciones previstas por los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 y, finalmente, algunos argumentaron que la información que contiene el SUI no debe ser publicada.

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante, Superservicios o SSPD), en virtud del principio de colaboración armónica entre entidades del Estado de que trata el artículo 209 de la Constitución Política, les comunicó a las siguientes autoridades administrativas los documentos relacionados con la iniciativa de datos abiertos, con el fin de que emitieran su concepto, en el ámbito de sus competencias:

- Mediante el documento identificado con el Radicado SSPD No. 20172000634611 de 8 de junio de 2017, esta Superintendencia le comunicó a la Superintendencia Delegada para la Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC) los documentos objeto de la iniciativa, la cual se pronunció mediante el documento identificado con el Radicado 20175290542752 de 13 de julio de 2017.
- Mediante los documentos identificados con el Radicado SSPD No. 20172000460911 de 16 de mayo y 20172000634621 de 8 de junio de 2017, le fueron allegados a la Oficina de Datos Abiertos del Ministerio de Tecnologías de Información y las Comunicaciones (en adelante, Mintic) los documentos del proyecto de apertura de datos. El Mintic emitió su concepto técnico favorable a la iniciativa mediante los documentos identificados con

¹ TERMOCANDELARIA (Radicado No. 20175290318882); DISPAC (Radicado No. 201752902870820001); ENERGY THOMS (Radicado No. 201725903087920002); TEBSA (Radicado No.201752903092120002); IAC ENERGY (Radicado No. 201752903092120002); HIDRALPOR (Radicado No. 201752903113920002); CHIVOR (Radicado No. 20175290312570001); AMERICANA DE ENERGÍA (Radicado No. 201752903128320001); COENERSA (Radicado No. 201752903128620001); EQUIN Y SANTIAGO OUIL (Radicado No. 201752903129320001); GENERARCO (Radicado No. 201752903132820002); ENERGÍA DEL CAFÉ (Radicado No. 201752903134520001);

los Radicados SSPD No. 20175290471242 de 21 de junio y 20175290484002 del 27 de junio de 2017.

A través del Radicado SSPD No. 20172000517681 de 22 de mayo de 2017, la Superintendencia Delegada de Energía y Gas solicitó a la Superintendencia de Sociedades su concepto en relación con la publicidad de la información que almacena el SUI, particularmente, en cuanto al tratamiento que debe dársele a la información relacionada con los libros y papeles del comerciante y la información financiera de las empresas de servicios públicos objeto de vigilancia. La Superintendencia de Sociedades emitió su concepto mediante el escrito identificado con el Radicado SSPD No. 20175290458042 de 16 de junio de 2017.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, esta Delegada, a través del Radicado SSPD No. 201720000630041 de 7 de junio de 2017, envió a la SIC el proyecto de resolución por medio de la cual se dispone la apertura de la información, con el fin de agotar el trámite de abogacía de la competencia. Dicha entidad, mediante documento identificado con el Radicado SSPD No. 20175290522132 de 7 de julio de 2017, allegó sus recomendaciones en cuanto a los efectos de la publicidad de la información en materia de libre competencia económica.

Sobre el particular se advierte que de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, en el acto administrativo a través del que se dispone la publicidad de la información del SUI, esta Superintendencia se manifestará sobre las recomendaciones realizadas por la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia de la SIC.

Conforme a lo anterior, la Superservicios procedió a analizar los comentarios y solicitudes de reserva para agruparlos de acuerdo con cada una de las excepciones a la publicidad de información de que tratan los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, teniendo en cuenta que varios de ellos abordaron aspectos similares. En ese contexto, se procederá a resolverlos en el siguiente orden: *i)* deber de publicar información; *ii)* información exceptuada por daños de derechos a personas naturales o jurídicas e información exceptuada por daño a los intereses públicos y *iii)* reserva de información de libros y papeles del comerciante.

Adicionalmente, en el desarrollo de este documento se hará referencia a los conceptos emitidos por las entidades públicas que participaron del proceso de consulta de la iniciativa de Datos Abiertos, los cuales aportaron a esta Superintendencia suficientes elementos de juicio para resolver las solicitudes de reserva y los comentarios allegados por los prestadores.

La SSPD agradece a los prestadores que amablemente allegaron comentarios sobre la iniciativa de datos abiertos de la información reportada al Sistema Único de Información (en adelante SUI) y a las entidades públicas, quienes en el ámbito de sus competencias emitieron su concepto, lo cual sirvió para enriquecer el criterio de esta entidad para mantener reservada cierta información, así como para publicar otra.

I. DEBER DE PUBLICAR INFORMACIÓN DEL SUI

Ciertos comentarios allegados² coinciden en solicitar a la Superservicios que no se revele la totalidad de la información que los agentes reportan al SUI. Al respecto, es pertinente reiterar los argumentos jurídicos y razones de índole económica expuestas en el documento *“Propuesta de Apertura de Datos de la Información reportada al Sistema Único de Información (SUI) en relación con los servicios de Energía y Gas Combustible”* en que se fundamenta el cumplimiento de la obligación legal de publicidad de la información que almacena el SUI contenida en la Ley 1712 de 2014.

De esta manera, frente a los argumentos expuestos por determinados prestadores, tendientes a que se mantenga reservada toda la información que obra en el SUI, es preciso manifestar lo siguiente:

Según lo establecido en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cuenta con un sistema que almacena la información técnica, administrativa, comercial y financiera de las personas que presten servicios públicos³, esto es, el SUI.

En consonancia con lo anterior, el artículo 14 de la Ley 689 de 2001 señala que le corresponde a la SSPD, en desarrollo de las funciones de inspección y vigilancia, establecer, administrar, mantener y operar el SUI, el cual contiene información que satisface los requerimientos y necesidades de información de las Comisiones de Regulación, los Ministerios y demás organismos y entidades que intervienen en la prestación, control, reglamentación y regulación de servicios públicos⁴.

Adicionalmente, entre los propósitos que debe cumplir el SUI como sistema de información se encuentra el de garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios a tener disponible información sobre las actividades y operaciones directas e indirectas que realicen las empresas prestadoras de servicios públicos, que se encuentra amparado por la previsión constitucional fundamental de acceso a la información de que tratan los artículos 20 y 74 de la Carta Política.

²CHEC S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752903160520001), ELECTROGAS S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752904060020001), ENERGAS (Radicado No. 20175290425612).

³ **Artículo 53.** *Sistemas de Información. Corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos, en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, establecer los sistemas de información que deben organizar y mantener actualizados las empresas de servicios públicos para que su presentación al público sea confiable.*

(...).

⁴ Así lo dispone el artículo 15 de la Ley 689 de 2001:

“La Superintendencia de Servicios Públicos elaborará el Formato Único de Información que sirva de base para alimentar el Sistema Único de Información, para lo cual tendrá en cuenta:

(...) 2. *Las necesidades y requerimientos de información de las Comisiones de Regulación.*

3. *Las necesidades y requerimientos de información de los ministerios y demás autoridades que tengan competencias en el sector de los servicios públicos de que tratan las Leyes 142 y 143 de 1994.*

(...)

5. *Servir de base a las funciones asignadas a los Ministerios y demás autoridades que tengan competencias en el sector de los servicios públicos de que tratan las Leyes 142 y 143 de 1994.”*

El artículo 20 de la Constitución Política consagra el derecho constitucional fundamental de todos los habitantes del territorio nacional a la información, el cual se compone de las prerrogativas de informar y de recibir información⁵. Así mismo, el artículo 74 de la Carta Política⁶ dispone el derecho constitucional fundamental de todas las personas a acceder a documentos públicos, excepto cuando exista una previsión legal que lo restrinja.

Bajo esa óptica, el Estado colombiano, en razón de su vinculación a la Alianza para el Gobierno Abierto, adoptó la Carta Internacional de Datos Abiertos, “*International Open Data Charter*”⁷, la que constituye uno de los instrumentos internacionales de colaboración transnacional para obrar de manera coordinada con diferentes países, a través de la implementación de políticas públicas que promuevan la apertura de datos como un instrumento de transparencia y medida anticorrupción.

En cumplimiento de los compromisos adoptados por el Estado colombiano, y a propósito de la Alianza para el Gobierno Abierto, fue expedida por el Congreso de la República la Ley 1712 de 2014, que regula el derecho de acceso a la información pública nacional (Ley de Transparencia).

El artículo 3 de la Ley 1712 de 2014, consagra principios de transparencia y acceso a la información pública, como el de **divulgación proactiva de la información**, según el cual:

“[e]l derecho de acceso a la información no radica únicamente en la obligación de dar respuesta a las peticiones de la sociedad, sino también en el deber de los sujetos obligados de promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible, atendiendo a límites razonables del talento humano y recursos físicos y financieros” (se destaca).

En similar sentido, el artículo 2 de la referida norma establece el principio de máxima publicidad, que consiste en que “(...) *toda la información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado debe ser pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley*” (se destaca).

Es pertinente resaltar que la Superintendencia de Servicios Públicos, en virtud de su naturaleza jurídica, de acuerdo con lo establecido en el literal a) artículo 5 de la Ley 1712 de 2014⁸, es un

⁵ “**ARTICULO 20.** Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura” (se resalta).

⁶ “**ARTICULO 74.** Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable”.

⁷ *International Open Data Charter*, [En línea]. [Consultado 6/4/2017] Disponible en <<http://opendatacharter.net/>>

⁸ Ley 1712 de 2014. “**Artículo 5. Ámbito de aplicación.** Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

(...)

b) Los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control

(...)”.

sujeto obligado a poner a disposición del público y facilitar el acceso a la información que tiene en posesión, bajo control, custodia o administración⁹.

En esa misma línea, por regla general, la información que se encuentra en el SUI, por estar bajo custodia de la SSPD, por definición legal, constituye **información pública**, pues esta corresponde a:

*“todos aquellos datos primarios o sin procesar, que se encuentran en formatos estándar e interoperables que facilitan su acceso y reutilización, **los cuales están bajo la custodia de las entidades públicas** o privadas que cumplen con funciones públicas y que son puestos a disposición de cualquier ciudadano, de forma libre y sin restricciones, con el fin de que terceros puedan reutilizarlos y crear servicios derivados de los mismos”¹⁰ (se destaca).*

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-274 de 2013, revisó la constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 228 de 2012 Cámara y 156 Senado, *“por medio del cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional”*, en la que consideró, entre otras, que la garantía del derecho a la información materializa el principio de democracia participativa, además de garantizar el derecho a la memoria histórica de la sociedad.

La divulgación de la información garantiza el principio de transparencia del ejercicio de las funciones de inspección vigilancia y control a cargo de la SSPD, y de las demás actividades de intervención en el sector a cargo de otras autoridades públicas, como los ministerios y comisiones de regulación, pues promueve la transparencia en sus actuaciones y el efectivo control ciudadano de la gestión pública misional de las entidades que intervienen en el sector.

El acceso a la información de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios constituye la herramienta principal para la defensa de sus derechos consagrados a lo largo de la Ley 142 de 1994, en especial el derecho a la participación en la vigilancia y control de los prestadores establecido en el Título V de la Norma *ibídem* y en el artículo 369 de la Constitución Política.

De la misma forma, según lo establecido en el numeral 13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994¹¹, las empresas de servicios públicos ostentan una posición de dominio frente a sus usuarios, por lo que estos cuentan, entre otros, con el derecho a recibir información, tal como lo dispone el numeral 4 del artículo 9 de la referida norma¹².

⁹ Así lo dispone el artículo 7 *ibídem*: **“Artículo 7°. Disponibilidad de la Información.** En virtud de los principios señalados, deberá estar a disposición del público la información a la que hace referencia la presente ley, a través de medios físicos, remotos o locales de comunicación electrónica. **Los sujetos obligados deberán tener a disposición de las personas interesadas dicha información en la Web, a fin de que estas puedan obtener la información, de manera directa o mediante impresiones.** Asimismo, estos deberán proporcionar apoyo a los usuarios que lo requieran y proveer todo tipo de asistencia respecto de los trámites y servicios que presten”.

¹⁰ Ley 1712 de 2017. Artículo 6 Definiciones. Literal b) Información Pública.

¹¹ Ley 142 de 1994. Artículo 14.13. *Posición dominante.* Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

¹² “(...) 9.4. Solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como

De acuerdo con la normativa antes referida, el derecho de los usuarios a recibir información, se predica de todas las actividades y operaciones directas o indirectas relacionadas con la prestación de servicios públicos, bajo las condiciones que para el efecto establezca esta Superintendencia, excepto de la información calificada legalmente como reservada.

Sobre el particular, el Consejo de Estado afirmó que el derecho a la información de los usuarios resulta en virtud de la relación contractual que los vincula con los prestadores de servicios públicos, por lo que constituye el cumplimiento de una contraprestación, así:

“El derecho a la información de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios se funda en el contrato de servicios públicos existente entre la empresa prestadora de tales servicios y el usuario, y constituye una contraprestación necesaria en favor de éste, dado que el contrato es uniforme para todos los usuarios y la empresa ocupa una posición dominante frente a éstos, conforme lo establecen los artículos 128 y 14 num. 14.13, respectivamente, de la ley 142 de 1994, la cual estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Los derechos de los usuarios se encuentran consignados principalmente, en el artículo 9º de la ley y el derecho a la información se señala en el numeral 9.4. Además, en ejercicio del derecho de petición, reconocido por el artículo 23 de la Constitución, el usuario o un tercero puede solicitar a las empresas de servicios públicos domiciliarios información o documentos que no tengan el carácter de reservados”¹³.

Así mismo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-150 de 2003, consideró que los usuarios tienen el derecho de conocer la información necesaria sobre las decisiones de política pública y regulatoria que habrán de adoptarse, en relación con la prestación de servicios públicos domiciliarios, gracias a ello, la publicidad de la información contenida en el SUI constituye una herramienta fundamental para que los usuarios de servicios públicos domiciliarios ejerzan su derecho de control y veeduría, entre otras, a la función regulatoria y de intervención económica del Estado.

De otra parte, la Ley 1712 de 2014 establece los lineamientos y procedimientos para el ejercicio y garantía de la publicidad en la información, así como también las excepciones por reserva legal o confidencialidad. Así, la SSPD, en calidad de autoridad pública que administra y opera información reportada por los prestadores de servicios públicos, es un sujeto obligado a publicar la información contenida en el SUI, salvo la que por excepción legal deba mantenerse en reserva.

Según lo establecido en el Título III de la Ley 1712 de 2014, las excepciones al libre acceso a la información, la constituyen:

“Artículo 18. Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas.
Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:

secreta o reservada por la ley y se cumplan los requisitos y condiciones que señale la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.

¹³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 24 de febrero de 2000.

- a) *El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado.*
- b) *El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad.*
- c) *Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el párrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011.*

Parágrafo. *Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable”.*

Artículo 19. Información exceptuada por daño a los intereses públicos. *Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:*

- a) *La defensa y seguridad nacional;*
- b) *La seguridad pública;*
- c) *Las relaciones internacionales;*
- d) *La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;*
- e) *El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;*
- f) *La administración efectiva de la justicia;*
- g) *Los derechos de la infancia y la adolescencia;*
- h) *La estabilidad macroeconómica y financiera del país;*
- i) *La salud pública.*

Parágrafo. *Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos.*

En esa línea, no le asiste la razón a quienes manifestaron que la información que reposa en el SUI y tiene posesión la Superservicios es confidencial o reservada, debido a que, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1712 de 2014, la publicidad y promulgación de la información pública constituye un mandato constitucional y legal y debe ser entendida como la regla general. En otras palabras, la información debe publicarse salvo excepción legal expresa que disponga lo contrario.

Adicionalmente, si bien la publicidad y promulgación de la información que almacena el SUI constituye el cumplimiento de un deber constitucional y legal que permite garantizar el derecho fundamental de acceso a la información de los usuarios de servicios públicos, la SSPD considera que tal medida, en el sector de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, disminuye la asimetría de información que aumenta los costos de transacción, las barreras de entrada e incentiva prácticas anticompetitivas.

Así mismo, mayor información disponible no solo empodera a los consumidores, sino que les permite la estimación de riesgos y rentabilidades por parte de nuevos agentes, lo que aumenta

la disputabilidad de los mercados de energía y gas combustible y permite potencializar el bienestar del consumidor.

Al respecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el documento “*Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects*”, expuso que mayor información, en vez de contribuir a una menor disputabilidad en los mercados, contribuye a la disminución de barreras de entrada, la promoción de la auto vigilancia del mercado¹⁴ y a una mayor competitividad entre agentes económicos¹⁵.

El hecho de que nuevos agentes interesados en ingresar al mercado cuenten con la información suficiente para estimar los riesgos y la rentabilidad, genera que los interesados pongan en conocimiento de las autoridades los comportamientos anticompetitivos, esto en últimas, es considerado un efecto multiplicador de la vigilancia¹⁶.

De la misma forma, la transparencia y publicidad de la información pretende generar en cada usuario de la base de datos del SUI, un agente que vigile la calidad y oportunidad de la información que reportan los prestadores de servicios públicos domiciliarios e incentivar la cultura de auto vigilancia de la gestión de carga y reporte de información.

Lo anterior, en consonancia con el criterio expuesto por el Mintic en el documento que dio respuesta a la solicitud de concepto¹⁷ elevada por esta Superintendencia, en el cual manifestó que:

“[e]l interés de su entidad de publicar la información disponible en el Sistema Único de Información en relación con los Servicios de Energía y Gas Combustible no solo es legítimo, pertinente y plausible, sino que apoya el cumplimiento de publicación activa por parte de los operadores de estos servicios, además de constituir una buena práctica que servirá de ejemplo para las demás entidades y que se podrá presentar como caso de éxito en diferentes escenarios tanto nacionales como internacionales”¹⁸.

Adicionalmente, en relación con la información que obra en el SUI y que es de titularidad de terceros, el Mintic, en el referido concepto, señaló que esta es “*publicable siempre que se circunscribe dentro de la categoría de pública como aquella que la Superintendencia obtiene y controla en su calidad de sujeto obligado de la ley 1712 de 2014*”.

¹⁴OCDE. Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects. pp. 24-25. [En línea]. [Consultado 1/3/2017]. Disponible en <<http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>>

¹⁵ Al respecto, es pertinente resaltar que la OECD recientemente publicó los resultados del ranking de los países que mejor aprovechan datos abiertos en el mundo “*OURDdata Index*” en el que el Colombia ocupó el cuarto puesto, lo cual es una muestra del trabajo coordinado entre entidades públicas para poner a disposición del público la información que administran. Información disponible en: <http://www.oecd.org/gov/digital-government/open-government-data.htm>

¹⁶ GARCÍA, Jacobo Pastor. Prácticas y Políticas exitosas para promover la mejora regulatoria y el emprendimiento a nivel subnacional. OCDE. p. 40. [En línea]. [Consultado 1/3/2017]. Disponible en <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/46003827.pdf>>

¹⁷ Solicitud de concepto identificada con el Radicado SSPD No. 20172000634621 de 8 de junio de 2017.

¹⁸ Concepto Radicado No. 20175290471242 de 21 de junio de 2017.

En conclusión, la información que obra en el SUI estará disponible para consulta de cualquier interesado a través de la publicación de formatos electrónicos, excepto, la información que sea calificada como confidencial o reservada.

II. INFORMACIÓN EXCEPTUADA POR DAÑOS DE DERECHOS DE PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS E INFORMACIÓN EXCEPTUADA POR DAÑO A LOS INTERESES PÚBLICOS

1. Información reservada por el derecho de toda persona a la intimidad - Habeas data.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios encontró que varios prestadores¹⁹, en sus comentarios, manifestaron que la base de datos que almacena el SUI contiene información que debe ser reservada dado su carácter de personal o confidencial que afectaría la intimidad de las personas naturales (habeas data).

La información que consideran los referidos prestadores que se debe mantener en reserva es el Número de Identificación de Usuarios (NIU), la dirección del domicilio de usuarios, consumo, valor de factura, días en mora, valor de la mora, valor compensado, consumo de subsistencia, valor del subsidio, facturación del subsidio, valor de la contribución, número de identificación de la factura, FOES aplicado, valor de la factura, inquilinato, número de familias, cédula o código catastral, costos de prestación del servicio y la identificación de personas víctimas de accidentes eléctricos.

En relación con la reserva o confidencialidad de datos personales, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1581 de 2012²⁰, por la cual se dictan las disposiciones generales de hábeas data, define los datos personales como la información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables²¹. Al respecto, la jurisprudencia constitucional definió las características de los datos personales, así: ²²

¹⁹ EFIGAS S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290310542); METROGAS S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290310392); EMGESA (Radicado No. 20175290310542); ENERCO S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752903095820001); VATIA S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290319862); ENERTOTAL S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752900320332); GASES ANTIOQUIA S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290323692); COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE TULUA S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290344672); EPSA S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752903084720001); ALCANOS S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752903099820001); VIDAGAS S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290311620001); CEDENAR S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290311182); SURTIGAS S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290311632) COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE (Radicado No. 20175290319012); CENTRALES ELECTRICAS DE NORTE DE SANTANDER (Radicado No. 201752903124520001); DISTRIBUIDORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA S.A. E.S.P. –DICEL (Radicado No. 201752903125020001); DICELER S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752903125320001); GAS NATURAL BOYACÁ S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752903138220001); GAS NATURAL FENOSA (Radicado No. 201752903138520001); GAS ANTURAL ORIENTE S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752903285720001); GASAN S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752903153220001) EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. (Radicado No. 201752903154220002); EMPRESA DE ENERGÍA DEL QUINDÍO S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752903940620002).

²⁰ En concordancia con el artículo 3 de la Ley 1266 de 2008.

²¹ Literal c) del artículo 3 de la Ley 1581 de 2008: “c) **Dato personal:** *Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables;*

²² Cfr. Sentencia T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

a) Deben estar referidos a aspectos exclusivos y propios de una persona natural.

b) Permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos.

c) Su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita.

d) Su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.

En un principio, se interpretó el derecho al habeas data como una garantía del derecho constitucional fundamental a la intimidad, pues la protección de datos personales es una garantía de tutela a la vida privada y familiar de las personas²³. Posteriormente, el derecho al habeas data surgió como un derecho autónomo, definido como:

“aquel que otorga la facultad²⁴ al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en la posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios²⁵ que informan el proceso de administración de bases de datos personales”.

En esa misma línea, la Corte Constitucional estableció las prerrogativas mínimas que se desprenden del contenido de este derecho, así²⁶:

a) El derecho de todas las personas a conocer y tener acceso a la información que sobre ellas se encuentra en bases de datos.

b) El derecho a incluir nuevos datos con el fin de que se provea una imagen completa del titular.

c) El derecho a actualizar información personal.

²³ Ver las sentencias T-414 de 1992; T-161 de 1993 y C-913 de 2010.

²⁴ “En este sentido, en sentencia T-414 de 1992, la Corte afirmó: “la libertad informática, consiste ella en la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás.” Así mismo, en sentencia SU-082 de 1995, afirmó: “La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales.” Y en la sentencia T-552 de 1997 afirmó: ‘...el derecho a la autodeterminación informativa implica, como lo reconoce el artículo 15 de la Carta Fundamental, la facultad que tienen todas las personas de “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.”’

²⁵ “El fundamento de validez de los llamados principios de la administración de datos personales, se encuentra en el segundo inciso del artículo 15 de la Constitución, el cual constituye en términos de la Corte, ‘el contexto normativo y axiológico dentro del cual debe moverse, integralmente el proceso informático’ y del cual derivan ‘unas reglas generales que deben ser respetadas para poder afirmar que el proceso de acopio, uso y difusión de datos personales sea constitucionalmente legítimo’, y que a su vez son el resultado ‘de la aplicación directa de las normas constitucionales al proceso informático.’”

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011.

- d) El derecho a que la información sea rectificadora o corregida de tal manera que concuerde con la realidad.
- e) **El derecho a que la información personal sea excluida de bases de datos públicas.**

Bajo esa óptica, en la medida en que el SUI contiene información que permitiría identificar a personas naturales, esta será objeto de anonimización y disociación de ser posible, o excluida de toda publicación en última instancia, pues ello constituye una prerrogativa mínima del tratamiento de datos personales y un deber de las entidades públicas que administran este tipo de información.

Al respecto, es pertinente advertir que la Corte Constitucional²⁷ ha considerado que la revelación de información personal que facilite el cruce de datos y la construcción de perfiles individuales constituye una inobservancia de los principios de libertad, finalidad e individualidad, rectores de la administración de datos personales.

El concepto emitido por la Oficina de Gobierno en Línea del Mintic, en relación con la reserva de datos personales, señaló que:

“como principio a ser aplicado a todos los campos asociados a los usuarios de los servicios de Energía, Gas y GLP y buscando evitar la vulneración a la protección de datos personales de dichos usuarios (información adicional a lo identificado como registro público), se sugiere que la información a publicar se asocie al inmueble y no al individuo, en el caso de persona jurídica o uso comercial de predio, los datos del individuo son considerados como públicos”.

La Delegatura de Protección de Datos Personales de la SIC, en su intervención, en relación con la protección de datos personales, manifestó que:

“[e]n la situación que se presenta para análisis y bajo la premisa de que el dato personal corresponde a toda pieza de información relativa a una persona natural que puede ser determinada o determinable, se advierte que aquellos números identificadores, como el número de cuenta, que si bien no permiten la identificación a simple vista de una persona natural, sí permiten a partir de su asociación con datos adicionales, la individualización de un titular. Ello es así por cuanto el NIU se encuentra relacionado con el domicilio del predio donde se encuentra instalado el servicio público y lo identifica para efectos de individualización ante la empresa prestadora de servicios”.

Adicionalmente, la Delegatura de Protección de Datos Personales de la SIC aclaró que las consideraciones sobre reserva de datos personales se efectuaron respecto de la información de personas naturales y no de las personas jurídicas en razón a que la Ley 1581 de 2012, en la definición de datos personales, señaló que se trata de información vinculada o que pueda

²⁷ Entre otras ver Sentencia T-729 de 2002.

asociarse a una o varias personas naturales, de lo que se deriva, en consideración de la SIC que la información de personas jurídicas no es objeto de protección de datos personales.

Por otro lado, en atención a la recomendación allegada por la Delegatura de Protección de Datos Personales de la SIC, relacionada con la reserva de la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países de una persona jurídica, de que trata la Ley 1266 de 2008, es pertinente aclarar que debido a que disociará el NIU tanto de personas naturales como de personas jurídicas, no es posible asociar dicha información con el sujeto titular de la misma. Por esta razón no se presentaría, en este escenario, una violación a la protección dispuesta en la referida norma.

Por las anteriores consideraciones y acogiendo las recomendaciones y consideraciones expuestas por la Oficina de Gobierno en Línea del Mintic y por la Superintendencia Delegada para la Protección de Datos Personales de la SIC, se anonimizará, disociará o excluirá de publicidad la información personal que permita la construcción de perfiles individuales de personas, pues esta constituye datos clasificados, por corresponder a información que en virtud de su naturaleza íntima o reservada, es relevante sólo para el titular, esto es, la siguiente:

Del Servicio de Energía Eléctrica:

- Se disociará el NIU que corresponde al número de identificación del usuario o suscriptor y se encuentra establecido en los Formatos 2, 3, 6, 11, 14, 16, 27, ZNI C1, ZNI C2, ZNI C6.
- Se excluirá la información de dirección en los Formatos SUI: 2, 3, ZNI C1, ZNI C2, ZNI C6.
- Se disociará el número de cuenta que corresponde a la identificación del Suscriptor o usuario, domicilio o predio con el cual la empresa identifica a sus suscriptores, hace referencia al NUID y/o al NIU y se reporta en virtud del Formato de Peticiones Quejas y Reclamos.
- Se excluirá la información relativa a la identidad, identificación y ubicación de personas víctimas de accidentes de origen eléctrico en el Formato 19.

Del Servicio de Gas Natural:

- Se disociará el NIU que se refiere al código asignado por el agente a cada uno de los usuarios y se reporta según los Formatos C2, T3, T4, B1, B2.
- Se excluirá la información de dirección en los Formatos B.1 y B.2.
- Se disociará el número de cuenta que es Número Único de Identificación del Suscriptor o usuario, domicilio o predio con el cual la empresa identifica a sus suscriptores, hace referencia al NUID y/o al NIU, y se reporta por el Formato de Reclamaciones y Quejas.

Servicio de Gas Licuado de Petróleo:

- Se disociará el NIU Número de Identificación del Usuario o Suscriptor, se refiere al código asignado por el agente a cada uno de los usuarios, reportado en los Formatos A.1
- Se disociará el número de Cuenta que es el Número Único de Identificación del Suscriptor o usuario, domicilio o predio con el cual la empresa identifica a sus suscriptores, hace referencia al NUID y/o al NIU y se reporta en el Formato de Reclamos y Quejas.
- Se excluirá la información de dirección y número telefónico de que tratan los Formatos C.9 - Información Formato, C.10 Información de tanques estacionarios atendidos por el distribuidor, A.1 Información comercial de usuarios de GLP por redes de ductos.

La estrategia de disociación consiste en que la SSPD asignará un número interno de identificación a cada usuario reportado por los prestadores de servicios públicos al SUI, con lo que se evita la individualización e identificación de personas a través del cruce de información del NIU con otras bases de datos.

2. Secretos comerciales, industriales y profesionales.

En algunas de las respuestas dadas por los prestadores²⁸ al documento que justifica la apertura de datos del SUI se argumentó que la información cuya divulgación pretende esta entidad contiene secretos comerciales, industriales y profesionales, los cuales se encuentran exceptuados del derecho de acceso a la información pública según el ya citado artículo 18 de la Ley 1712 de 2014. Para comprender cabalmente el alcance de la excepción, a continuación, se procede a analizar lo dispuesto en ella y la manera como los prestadores pueden alegarla.

En primer lugar, la definición jurídica del secreto empresarial, que abarca las nociones de secretos industriales y comerciales, se encuentra en la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, en los siguientes términos:

“Artículo 260- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

²⁸ PETRÓLEOS SUDAMERICANOS (radicado No. 2017-529-030074-2), ALMAGAS (radicado No. 2017-529-030661-2), RAYOGAS (radicado No. 2017-529-030663-2), BIOENERGAS (radicado No. 2017-529-030838-2), EEB (radicado No. 2017-529-030851-2), ENERTOLIMA (radicado No. 2017-529-030974-2), METROGAS (radicado No. 2017-529-031039-2), EFIGAS (radicado No. 2017-529-031054-2), ENERTOTAL (radicado No. 2017-529-032033-2), GASES DE ANTIOQUIA (radicado No. 2017-529-032369-2), CETSA (radicado No. 2017-529-034467-2), EMSA (radicado No. 2017-529-034962-2) TERPEL (radicado No. 2017-529-0373542-2), ENERGÍA DE PEREIRA (radicado No. 2017-529-03717-2), LLANOGAS (radicado No. 2017-529-030828-2), EPSA (radicado No. 2017-529-030847-2), ENERCO (radicado No. 2017-529-030958-2), ENERGÍA EFICIENTE (radicado No. 2017-529-030979-2), ALCANOS DE COLOMBIA (radicado No. 2017-529-030998-2), ASOGAS (radicado No. 2017-529-031076-2), NORGAS (radicado No. 2017-529-031082-2), VIDAGAS (radicado No. 2017-529-0331116-2), CEDENAR (radicado No. 2017-529-0331118-2), GASES DE ORIENTE (radicado No. 2017-529-031121-2), TERMOEMCALI (radicado No. 2017-529-031141-2), SURTIGAS (radicado No. 2017-529-031163-2), CENS (radicado No. 2017-529-031245-2), DICEL (radicado No. 2017-529-031250-2), DICELEL (radicado No. 2017-529-031253-2), GAS NATURAL BOYACÁ (radicado No. 2017-529-031382-2), GAS NATURAL (radicado No. 2017-529-031385-2), GASAN (radicado No. 2017-529-03532-2), GAS NATURAL DE ORIENTE (radicado No. 2017-529-032857-2), EPM (radicado No. 2017-529-035142-2) y ELECTROGAS (radicado No. 2017-529-040600-2)

“a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;

“b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

“c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

“La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios”²⁹.

De esta definición se desprende que el valor del secreto empresarial radica en el uso y valor que el titular de este le pueda dar en el mercado. Es por ello que, como lo manifestó la Corte Constitucional, en la sentencia C-951 de 2014, la razón de ser de su protección es la importancia que este tiene para los agentes que compiten en el mercado:

“(s)e trata de una garantía del derecho a la libre competencia económica consagrado en el artículo 333 de la Constitución, en la medida en que el secreto comercial e industrial configura una de las concreciones de la libertad económica y a la libre empresa reconocidas por la Carta Política”³⁰.

En Colombia, su protección se da de diferentes maneras. En primer lugar, de acuerdo con la Decisión 486 de la CAN, existe una protección frente a la divulgación, adquisición o uso del secreto empresarial cuando se realice de manera contraria a las prácticas leales de comercio³¹.

En términos similares, el artículo 39 del Acuerdo Sobre los Aspectos del Derecho de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio protege la privacidad de la información no divulgada por las personas naturales y jurídicas,

²⁹ Comunidad Andina de Naciones. Decisión 486 de 2000.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-951 del 4 de diciembre de 2014.

³¹ El artículo 262 de la Decisión 486 establece lo siguiente:

“Artículo 262- *Quien lícitamente tenga control de un secreto empresarial, estará protegido contra la divulgación, adquisición o uso de tal secreto de manera contraria a las prácticas leales de comercio por parte de terceros. Constituirán competencia desleal los siguientes actos realizados respecto a un secreto empresarial:*

“a) explotar, sin autorización de su poseedor legítimo, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso con sujeción a una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral;

“b) comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, el secreto empresarial referido en el inciso a) con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero o de perjudicar a dicho poseedor;

“c) adquirir un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos;

“d) explotar, comunicar o divulgar un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en el inciso c);

“e) explotar un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona sabiendo, o debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en el inciso c), o que no tenía autorización de su poseedor legítimo para comunicarlo;

“f) comunicar o divulgar el secreto empresarial obtenido conforme al inciso e), en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al poseedor legítimo del secreto empresarial; o, [sic.]

Un secreto empresarial se considerará adquirido por medios contrarios a los usos comerciales honestos cuando la adquisición resultara, entre otros, del espionaje industrial, el incumplimiento de un contrato u otra obligación, el abuso de confianza, la infidencia, el incumplimiento de un deber de lealtad, o la instigación a realizar cualquiera de estos actos”.

siempre y cuando se den ciertos presupuestos³², tales como: *i*) sea secreta en la medida en que no sea generalmente conocida, ni fácilmente accesible para personas relacionadas en el ámbito en que normalmente se utiliza; *ii*) tenga un valor comercial por ser secreta y *iii*) sea objeto de medidas razonables para mantenerla en secreto.

A su turno, la Ley 256 de 1996, que consagra el régimen de competencia desleal, prohíbe en su artículo 16 la divulgación desleal de secretos³³. Esta protección, según el artículo 263 de la Decisión 486, perdura mientras el secreto cumpla con los requisitos para ser considerado como tal³⁴. Finalmente, en atención a su importancia comercial, el ordenamiento jurídico asegura la reserva y confidencialidad del secreto profesional a través de disposiciones como la Ley 1712 de 2014.

Es necesario resaltar que, tal y como se indicó previamente, la protección del secreto empresarial está sujeta a que su titular acredite los tres requisitos que contiene el ya citado artículo 260 de la Decisión 486 de la CAN. Solo de esta manera, la información comercial de una sociedad podrá ser considerada “secreto empresarial” y por esa razón ostentar la calidad de reservada.

Por otro lado, en la medida en que el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 protege también el secreto profesional, es necesario advertir que este se encuentra consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

“El secreto profesional es inviolable”.

De antaño, la Corte Constitucional se ha pronunciado frente a este tema. Al definirlo, la Corporación ha expresado que se entiende como secreto profesional “*la información reservada*

³² El numeral segundo del artículo 39 del Acuerdo Sobre los Aspectos del Derecho de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio consagra lo siguiente:

“Artículo 39.

(...)

“2. Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información:

“a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y

“b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

“c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”.

³³ El artículo 16 de la Ley 256 de 1996 establece lo siguiente:

“Artículo 16. Violación de Secretos. *Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta Ley.*

“Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

“Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el artículo 20. de este Ley”.

³⁴ El artículo 263 de la Decisión 486 establece lo siguiente:

“Artículo 263- *La protección del secreto empresarial perdurará mientras existan las condiciones establecidas en el artículo 260”.*

*o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad*³⁵. Así mismo, ha manifestado que su protección se debe a la necesidad de proteger la confianza que ciertas profesiones deben inspirar con el propósito de que el servicio prestado sea eficiente: “(e)n el secreto profesional descansa parte muy importante de la confianza que debe surgir y permanecer entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación. Mal se podría asegurar el éxito de la gestión confiada a aquél si los temores de quien requiere sus servicios le impiden conocer en su integridad los pormenores de la situación en que se ocupa”³⁶.

Es por esto que la Ley 1712 de 2014, consagró como una de las excepciones al derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública, el secreto profesional. El efecto de revelar esta información desincentivaría la prestación eficiente de ciertos servicios y minaría la confianza de los ciudadanos en estos.

En conclusión, dada la importancia que tienen los secretos empresariales y profesionales para sus titulares, el Legislador introdujo la excepción en comento en la Ley 1712 de 2014, y es por esto que varios de los prestadores la adujeron al comentar la comunicación de esta Superintendencia.

Así pues, la tarea de la SSPD es aplicar esta excepción a la Propuesta de Apertura de Datos de la Información reportada al SUI; sin embargo, por la misma naturaleza de los secretos comerciales, industriales y profesionales, la actuación de la Entidad está supeditada a que, primero, los prestadores presenten las razones por las que consideran que algunos aspectos de la información reportada al SUI deben ser considerados secretos comerciales, industriales o profesionales.

Por lo anterior, se requirió a aquellos prestadores que, en sus primeros comentarios mencionaron esta clase de reserva, a que indicaran cuáles de las variables por ellos reportadas se encontraban cobijados por esta y que probaran por qué reúnen los elementos para ser consideradas como tal. En otras palabras, los prestadores tuvieron dos oportunidades para manifestarse sobre el particular.

Tratándose de una **excepción** a la regla general sobre la publicidad, les correspondía a los prestadores presentar los argumentos y los elementos de prueba suficientes para demostrar a esta Superintendencia su posición. Sin embargo, la SSPD evidenció que ninguno de los prestadores logró cumplir con su carga de probar el cumplimiento de los tres requerimientos. Si bien algunos prestadores hicieron vagas menciones sobre las razones por las que su información podría ser considerada secreto empresarial, ninguna allegó pruebas que permitieran a esta entidad constatar, por ejemplo, su valor comercial o las medidas tomadas para mantener su reserva.

Así las cosas, esta Entidad se ve en la obligación de concluir que ninguno de los agentes logró justificar y probar la solicitud de reserva de información bajo los parámetros de secreto comercial,

³⁵ Corte Constitucional. Auto 006 de 1993.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-151 del 7 de abril de 1996.

industrial o profesional, razón por la cual, se desestiman los argumentos expuestos en los comentarios, en el proceso de apertura de los datos contenidos en el SUI.

A pesar de lo anterior, la SSPD es consciente de la importancia empresarial que tienen los secretos y el derecho que asiste a los prestadores de solicitar la aplicación de la reserva contenida en la ley. Por esta razón, a partir de la expedición de la resolución que haga pública la información contenida en el SUI, se adoptará un procedimiento para permitir que los prestadores puedan solicitar la reserva de determinada información y así probar a esta Entidad que goza de la protección del secreto empresarial.

Este procedimiento seguirá las reglas contenidas en el Capítulo II, “*De los procedimientos administrativos para actos unilaterales*”, del Título VII, el cual prevé una serie de disposiciones aplicable a “*aquellos procedimientos de las autoridades que tengan el propósito de producir los actos administrativos unilaterales a que dé origen el cumplimiento de la presente Ley, y que no han sido objeto de normas especiales*”³⁷.

En este caso, es adecuado utilizar el mencionado procedimiento por las siguientes razones:

- Se utiliza con el propósito de dar cumplimiento al régimen legal de servicios públicos domiciliarios. En efecto, la Ley 689 de 2001 introdujo a la Ley 142 de 1994 un nuevo artículo cuyo texto establece lo siguiente:

“Artículo Nuevo. Del sistema único de información. Corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, establecer, administrar, mantener y operar un sistema de información que se surtirá de la información proveniente de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, para que su presentación al público sea confiable, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994”.

En esta medida, la SSPD está en la obligación de administrar el SUI. Y dado que a partir de la resolución que haga público su contenido, la administración del SUI incluirá el manejo de las variables publicadas y reservadas, esta Entidad tendrá la obligación legal de manejar adecuadamente las reservas de la información –tal y como lo ha hecho con los documentos previos a la expedición de la resolución–.

Por ende, el procedimiento para determinar la reserva de la información cobijada por el secreto comercial busca dar cumplimiento a lo dispuesto en el régimen legal de servicios públicos domiciliarios.

- Para el manejo de este trámite, el ordenamiento jurídico no previó ningún procedimiento especial. Por lo tanto, aplican las consideraciones sobre el carácter residual del proceso.

³⁷ Artículo 106 de la Ley 142 de 1994.

- El resultado será la expedición de un acto administrativo unilateral por parte de la SSPD en el que se decidirá sobre la solicitud elevada.

Por lo anterior, lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994 y, en lo pertinente, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regirán la manera como los administrados solicitarán a esta Entidad la aplicación de la reserva legal sobre la información que, justificada y probada suficientemente, se repute como secreto. Así, esta Superintendencia asegurará que los prestadores puedan ejercer su derecho a la intimidad.

3. Reserva de información del plan de inversiones.

Algunas intervenciones³⁸ coinciden en manifestar que la información de los planes de inversión de las empresas de servicios públicos deben mantenerse en reserva con fundamento en lo establecido el artículo 74 la Ley 1474 de 2011, aplicable en virtud de la remisión normativa contenida en el literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, en concordancia con lo establecido en el numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015.

El numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015³⁹, establece que la información y documentos relacionados con los secretos comerciales o industriales y los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos ostentan el carácter de reservado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-951 de 2014, al estudiar la constitucionalidad de la reserva de los planes y proyectos estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos domiciliarios, contenida en el numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, consideró:

“De esa forma, un plan estratégico incluye información valiosa para su titular (vgr. cifras esperadas, estrategias para alcanzarlas) y, por consiguiente, su reserva constituye una garantía para la libre competencia, por lo que no sería constitucionalmente legítimo poder conocer mediante el acceso público a dicha información, como quiera que se daría una

³⁸ EFIGAS S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290310542); PROGAS SUR S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290307732); BIOENERGAS S.A.S. E.S.P. (Radicado No. 20175290308382); GASES DE GIRARDOT S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290309772); INTERCOLOMBIA S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290319832); GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290318932); INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290314132); VATIA S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290319852); GASES ANTIOQUIA S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290323692); COLGAS S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290308882); COMPAÑÍAS ASOCIADAS DE GAS S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290310762); NORTESANTANDEREANA DE GAS S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290310822); VIDAGAS S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290311162); GASES DE ORIENTE S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290311212); TERMOEMCALI S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290311412); SURTIGAS S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290311632); DISTRIBUIDORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA S.A. E.S.P. (DICEL) (Radicado No. 20175290312502); GAS NATURAL BOYACÁ S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290313822); GAS NATURAL S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290522652); GASAN S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290315322); GAS NATURAL ORIENTE S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290328572); EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. (Radicado No. 20175290351422); EMPRESA DE ENERGÍA DEL QUINDIO S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290394062).

³⁹ **“Artículo 24. Informaciones y documentos reservados.** Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

(...)

6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos”.

ventaja ilegítima a las empresas competidoras que podrían mediante la presentación de una petición, conocer por ejemplo, las estrategias trazadas por dichas empresas para el futuro en materia de mercadeo.

(...)

Por esta razón, la reserva sobre los planes estratégicos de las empresas estatales que prestan servicios, se erige como una vía legítima para aumentar las posibilidades de éxito en el cumplimiento de un deber constitucional, lo que, desde la perspectiva constitucional, justifica su inclusión como una de las excepciones al libre acceso a la información de carácter público. Ahora bien, la Corte comparte lo observado por el Ministerio Público, en cuanto a que no toda la información contenida en un plan estratégico goza de reserva, sino únicamente aquella cuya divulgación pueda poner en desventaja competitiva a la respectiva empresa pública de servicios públicos”.

Bajo la óptica jurisprudencial antes referida, es posible establecer que no toda la información relacionada con los planes estratégicos de las empresas de servicios públicos domiciliarios debe mantenerse reservada, por lo tanto, la referida norma se interpretará armónicamente con lo establecido en el Parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011⁴⁰, relativo a que la información que se mantendrá reservada corresponde a la relacionada con los proyectos de inversión de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta que presten servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible.

Ahora bien, en principio la reserva de los planes de inversión se predicaría de las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta que presten servicios públicos domiciliarios; no obstante, en virtud del principio de igualdad que sirve de fundamento para libre competencia económica, la reserva de los planes de inversión se aplicará a todas las empresas de servicios públicos sin importar su conformación accionaria o naturaleza jurídica.

En ese sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-951 de 2014, consideró que, en relación con la excepción a la publicidad de la información de los planes estratégicos de prestadores de servicios públicos, la naturaleza jurídica de las empresas no tiene relevancia alguna, al respecto se pronunció de la siguiente manera:

*“Aunque en principio, podría pensarse que la naturaleza pública de estas empresas excluiría la aplicación de una reserva en la referida información, lo cierto es que en la planeación y desarrollo de su actividad prestadora de servicios públicos, el carácter público o privado de la empresa no tiene relevancia alguna, en la medida que se trata de una actividad que el constituyente calificó como “inherente a la finalidad social del Estado” (art. 365 CP), independientemente de quien preste el servicio público sea una entidad estatal o una empresa privada y consecuentemente, su prestación está sometida a la reglamentación y vigilancia del Gobierno, precisamente, para garantizar una prestación eficiente tales servicios y su finalidad social. **En este campo, el empresario debe contar con las mismas garantías de sus competidores**” (se destaca).*

⁴⁰ “(...) **Parágrafo.** Las empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta estarán exentas de publicar la información relacionada con sus proyectos de inversión”.

Así las cosas, se acogen los comentarios allegados por los prestadores que solicitaron, con fundamento en el numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015 y el párrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011, que se mantenga en reserva la información relacionada con el plan de inversiones que reportan al SUI.

Los formatos en virtud de los cuales los prestadores de los servicios de energía eléctrica y gas combustible reportan la información relativa los planes de inversión, son i) El Formato 18 del servicio de energía eléctrica, aplicable a los generadores, comercializadores, transmisores y distribuidores, de conformidad con la Resolución SSPD No. 20102400008055 de 2010 y ii) Los formatos de formulación y ejecución de proyectos de los servicios de Gas Natural y Gas Licuado del Petróleo, de conformidad con la Resolución SSPD No. 003176 de 2004.

4. Seguridad Pública y Orden público.

Determinados prestadores⁴¹, en sus comentarios, adujeron que la información de infraestructura y activos que se encuentra en el SUI no debe publicarse en razón a que su conocimiento podría significar un riesgo a la seguridad e integridad del patrimonio de las empresas, por lo que la reserva se encuentra amparada en las excepciones por la eventual vulneración de la seguridad personal y la defensa y seguridad nacional.

Al respecto, es preciso advertir que dado el carácter excepcional de las restricciones al deber publicidad de la información y la exigencia constitucional de que su interpretación sea taxativa y limitada, es necesario que la reserva de la información se encuentre expresada de manera clara y precisa en una ley que desarrolle el marco establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, pues según la Corte Constitucional, las solicitudes de reserva de información basadas en referencias genéricas e indeterminadas pueden conducir a la vulneración del derecho de acceso a la información pública.

El alto tribunal constitucional, en la sentencia C-274 de 2013, mediante la cual se analizó la constitucionalidad de la Ley 1712 de 2014, en relación con la excepción consagrada en el artículo 19 de dicho cuerpo normativo, el cual, hace referencia a la reserva de información por daño a intereses públicos, consideró la necesidad de existencia de una previsión legal adicional que desarrolle y establezca la restricción a la publicidad de información, cuando se trata de una eventual vulneración al derecho a la seguridad nacional, de la siguiente manera:

“Dada la amplitud de los términos empleados en algunos de los literales del artículo 19, varios intervinientes señalan que serían inconstitucionales tales referencias generales, pues no es claro por qué toda la información relacionada con esas materias tiene la entidad para que su acceso pueda generar un daño a los intereses protegidos. Igualmente, cuestionan que no determina cuál es el grado de afectación que justifica una limitación tan severa de este

⁴¹ EFIGAS (Radicado No. 20175290310542); GASES DEL CARIBE (Radicado No. 20175290318932); GASES DE OCCIDENTE (radicado No. 2017-529-031901-2); ALCANOS S.A. E.S.P. (Radicado No. 201752903099820001); GASES DE ORIENTE (Radicado No. 201752903285720001); SURTIGAS (radicado No. 2017-529-031163-2); GAS ANTURAL BOYACÁ (Radicado No. 201752903138220001); GAS NATURAL (Radicado No. 201752903138520001); GAS NATURAL ORIENTE (Radicado No. 201752903285720001).

derecho, pues no toda afectación a tales intereses justifica sacrificar el acceso a la información pública.

(...)

Por lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 19, en el entendido de que la norma legal que establezca la prohibición del acceso a la información debe (i) obedecer a un fin constitucionalmente legítimo e imperioso; y ii) no existir otro medio menos restrictivo para lograr dicho fin. Restringir el acceso a una información no es una función discrecional, sino restringida, necesaria y controlable” (se destaca).

Bajo la óptica jurisprudencial expuesta por la Corte Constitucional, para que opere una de las excepciones de publicidad relacionadas con la violación a la seguridad pública, objeto de análisis, es necesaria la existencia de una norma de rango legal o previsión constitucional que consagre la reserva de determinado tipo de información en razón de tutelar el derecho a la seguridad pública.

De esta manera, una eventual reserva de información por la causal que se analiza, debe partir de que se argumente la confidencialidad de la misma con fundamento en la previsión expresa de una norma de carácter legal, en la cual, se manifieste el tipo de información que debe mantenerse bajo reserva.

Así las cosas, en la medida en que no fue citada una norma legal que consagre expresamente la reserva de la información de infraestructura y activos de las empresas de servicios por motivos de seguridad pública, no es posible restringir la difusión y acceso a los datos que sobre el particular obran en el SUI.

III. RESERVA DE INFORMACIÓN DE LIBROS Y PAPELES DEL COMERCIANTE

Finalmente ciertos comentarios de los agentes se refirieron a que había información que debía reservarse en razón de su calidad de libro o papel del comerciante⁴².

Antes de entrar desarrollar el concepto de libros y papeles del comerciante, es necesario resaltar que en su mayoría la solicitud de reserva por esta causal obedeció a información que ya se determinó reservar a partir de las causales anteriores, como es el caso de los planes de inversión etc... En ese sentido, en el presente aparte únicamente se considerará la información que haya sido a legada como papel o libro del comerciante y no haya sido reservada previamente como la información financiera y los costos de los prestadores.

El concepto de libros y papeles del comerciante se encuentra definido en el artículo 49 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

⁴² GAS ANTURAL BOYACÁ (Radicado No. 201752903138220001); GAS NATURAL (Radicado No. 201752903138520001); GAS NATURAL ORIENTE (Radicado No. 201752903285720001); ALMAGAS (radicado No. 2017-529-030661-2); PROGAS SUR S.A. E.S.P. (Radicado No. 20175290307732); ENERCO (radicado No. 2017-529-030958-2) y ESSA (radicado No. 2017529-032220-2).

“Para los efectos legales, cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquéllos.”

La Superintendencia de Sociedades, en oficio del 28 de junio de 2016, se pronunció respecto del alcance de ese concepto y explicó que comprende los libros corporativos y contables relacionados con la actividad económica de la empresa, así como los documentos soportes de los mismos:

“Para resumir, se tiene que los libros de comercio incluyen tanto los libros corporativos como los libros de contabilidad, comprendiendo estos últimos tanto los libros en los que se asientan en forma cronológica las operaciones económicas, como los documentos soportes de cada uno de los registros, relacionados con la actividad económica de la empresa.”

Estos libros y papeles gozan de una reserva legal que ha sido desarrollada principalmente a partir del artículo 15 de la Constitución Política, que dispone lo siguiente:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

(...)

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (se destaca).

La reserva mencionada halla asidero legal en el artículo 61 del Código de Comercio, que establece que *“Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente”*.

En otras palabras, por regla general los libros y papeles del comerciante son de carácter reservados salvo en los casos de ejercicio del derecho de inspección o de facultades como las de inspección vigilancia y control.

Ahora bien, eso no quiere decir, de ninguna manera, que en materia de servicios públicos deba entenderse que todos los documentos de los prestadores relacionados con su actividad son de carácter reservado y que por este motivo se encuentran por fuera del dominio público, como se sigue a explicar.

1. La Reserva de los Libros y Papeles del Comerciante en Materia de Servicios Públicos Domiciliarios.

De acuerdo con lo expuesto, los libros y papeles del comerciante se encuentran protegidos por una reserva legal. No obstante, en el marco de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, esta reserva se ve atenuada en razón de la actividad que desarrollan.

En efecto, la Corte Constitucional ha explicado que para determinar el régimen jurídico al que debe someterse determinada información de un prestador de servicios públicos, debe tenerse en cuenta si la misma se encuentra relacionada con la prestación del servicio:

“Tendrán el carácter de documentos públicos aquellos que estén relacionados con el cumplimiento de la prestación del servicio público que le corresponde por ley, al igual que los que sean producto de prerrogativas propias de una entidad pública. Respecto de estos documentos el ciudadano tendrá la posibilidad de acceder a ellos en cuanto son de público conocimiento, salvo que exista reserva legal expresamente consagrada.”⁴³
(Subrayado y negrillas por fuera del texto).

Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es claro los documentos que contienen información directamente relacionada con la prestación del servicio público desbordan la esfera del ámbito privado, es decir, del derecho a la intimidad, y en esa medida, de la reserva de los libros y papeles del comerciante prevista en el derecho comercial. En consecuencia, es necesario entender que esa información es de dominio público y los usuarios, suscriptores y terceros pueden acceder a ella, entre otros fines, para ejercer control sobre la prestación del servicio.

Lo anterior cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que en materia de servicios públicos domiciliarios, los usuarios tienen una serie de prerrogativas para la vigilancia y control que se puede evidenciar a lo largo de la Ley 142 de 1994, en especial en su Título V. Respecto a la participación de los usuarios en materia de servicios públicos, el máximo tribunal constitucional ha señalado que este es un mecanismo que fortalece la legitimidad democrática del regulador y evita su captura por parte de los vigilados:

“4.4.2.2. Uno de los ámbitos diferentes al electoral, en el cual el constituyente previó expresamente la necesidad de un proceso decisorio participativo, fue el de los servicios públicos. La institucionalización de canales de participación de los usuarios de los servicios públicos en los procesos decisorios de los órganos de regulación de creación legal, es uno de los instrumentos fundamentales para impulsar al regulador a tener en cuenta y valorar debidamente los derechos de éstos y para asegurar un equilibrio en la toma de decisiones que tienda a la promoción del interés general.

De esta forma, la participación de los usuarios se constituye en un mecanismo, tanto para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones de regulación, como para disminuir el riesgo de captura del órgano de regulación por los agentes regulados. Al tener el regulador que oír y atender tanto las posiciones de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios como de los usuarios de los mismos, se busca precaver que el regulador

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia T-181 de 2014. Exp.T-4066525. MP Mauricio González Cuervo.

adopte la visión del regulado cuando se presenta el fenómeno de la captura, anteriormente mencionada.”⁴⁴ (se destaca).

De la misma forma, esta Corporación explicó que el derecho de participación de los usuarios debe ser desarrollado por el legislador, su exigibilidad no se encuentra supeditada la expedición de las normas respectivas, sino que, por el contrario, puede ser ejercido y en esa medida debe ser respetado por las entidades correspondientes:

*“Los parámetros mínimos de participación anteriormente señalados no impiden que el legislador desarrolle el derecho a la participación ciudadana en la adopción de decisiones por parte de la administración bien en forma general, bien en la expedición de regulaciones o, bien, en un ámbito aún más limitado como lo es la adopción de determinaciones que interesan tanto a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios como a los usuarios de tales servicios. Ello cae dentro de la potestad de configuración del legislador¹⁷⁴. **No obstante, mientras no ejerza dicha competencia, el goce efectivo de los derechos de participación de los usuarios de servicios públicos domiciliarios, expresa y específicamente reconocidos en la Constitución, no pueden reducirse a una simple promesa de la democracia participativa. De tal manera que los parámetros constitucionales señalados y las normas legales aplicables a todas las decisiones de alcance general, como lo son las regulaciones relativas a las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, ofrecen un marco dentro del cual han de ser respetados y ejercidos tales derechos de participación**”⁴⁵ (se destaca).*

Es necesario poner de presente que la Ley 142 de 1994, en su Título V, prevé como mecanismos de participación de los usuarios las figuras de los Comités de Desarrollo y Control Social, así como la de los Vocales de Control. Con el objeto de hacer efectiva esa participación, el artículo 80 de la norma en cuestión faculta a la SSPD para *i)* diseñar y poner en funcionamiento un sistema de vigilancia y control que permita apoyar las tareas de los comités, *ii)* proporcionar apoyo técnico, para la promoción de la participación de la comunidad y *iii)* asegurar la capacitación de los Vocales de Control y dotarlos de instrumentos para que cuenten con la información necesaria para representar a los comités.

De ahí que, como ya se mencionó, no toda información de las prestadoras servicios públicos domiciliarios se encuentre cobijada por la reserva de los libros y papeles del comerciante prevista en el artículo 61 del Código de Comercio, como ocurre en por regla general con la información de los comerciantes. Una interpretación contraria haría nugatorio el derecho de participación de los usuarios como consecuencia de la carencia de la información necesaria para ejercer la vigilancia y el control sobre el servicio como lo prevé la ley y la Constitución⁴⁶.

En consecuencia, la información de los prestadores de servicios públicos relacionada con la prestación del servicio no se encuentra protegida por la reserva de los libros y papeles del comerciante, debido a que excede el ámbito de la esfera privada y es esencial para el ejercicio del derecho de participación de los usuarios en la vigilancia y control del servicio. En otras palabras,

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003. Exp.D-4194. MP Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Ver artículo 365 y siguientes de la Constitución Política.

es una información esencial para la consecución de los fines del Estado Social de Derecho⁴⁷ y por ende se encuentra en el dominio público. De ahí que este Despacho resuelva publicar alguna información relativa a aspectos comerciales y técnicos, incluyendo subsidios, dada su estrecha relación con la tarifa y la calidad en la prestación del servicio.

De esta forma, este Despacho llegó a la conclusión de que el formato 14 de energía eléctrica está protegido por la reserva de los libros y papeles del comerciante. Lo anterior, debido a que la información reportada por los agentes a través de este formulario es de naturaleza privada como consecuencia de que su relevancia se deriva principalmente de la utilidad para el funcionamiento administrativo de la sociedad o para el manejo interno de la empresa, no para la prestación misma del servicio; y en esa medida, desborda el control y vigilancia que deben ejercer los usuarios sobre esta actividad.

Por consiguiente, este tipo de información se reservará y se hace la salvedad de que estos datos son de vital importancia para el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia, quien de acuerdo con el numeral 11 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 deberá evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores.

2. Reserva de la Información Financiera.

Con respecto a la aplicación de la reserva de los libros y papeles del comerciante a la información financiera, es necesario, en primer lugar, delimitar el régimen jurídico aplicable a este tipo de datos. Según el artículo 48 del Código de Comercio, los estados financieros hacen parte de los papeles del comerciante:

“Artículo 48. Conformidad de libros y papeles del comerciante a las normas comerciales - medios para el asiento de operaciones. *Todo comerciante conformará su contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general, a las disposiciones de este Código y demás normas sobre la materia. Dichas normas podrán autorizar el uso de sistemas que, como la microfilmación, faciliten la guarda de su archivo y correspondencia. Asimismo será permitida la utilización de otros procedimientos de reconocido valor técnico-contable, con el fin de asentar sus operaciones, siempre que facilite el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios”* (se destaca).

Siendo así, una primera aproximación al tema permitiría concluir, preliminarmente, que los estados financieros gozan de la reserva que, según el artículo 61 del Código de Comercio, cobija

⁴⁷ Así lo dispuso Corte Constitucional, en Sentencia T-001 de 1998 al abordar la procedencia del Derecho de Petición frente a empresas prestadoras de servicios públicos: “Como puede observarse, la posibilidad de ejercer el derecho de petición en las empresas de servicios públicos domiciliarios esta reservada, en principio, a los usuarios y suscriptores de dichos servicios. Ello se justifica en razón de que la relación usuario- empresa comporta relaciones jurídicas que legitiman y justifican el ejercicio del referido derecho. Sin embargo, ello no significa que se excluya en forma absoluta a terceros del derecho de petición, si con su ejercicio se busca la satisfacción o protección de derechos públicos o sociales, debido a que el funcionamiento permanente, eficiente y oportuno de los servicios públicos, es anejo a las finalidades esenciales del Estado Social de Derecho que buscan atender las necesidades materiales básicas de la comunidad y, por lo tanto, es de interés de todas las personas.”

a los libros y papeles del comerciante. Sin embargo, el legislador, frente al particular, introdujo una excepción a esta reserva, razón por la cual los estados financieros son públicos.

En primer lugar, la Ley 222 de 1995, en su artículo 41, dispone lo siguiente:

“Artículo 41. Publicidad de los estados financieros. Dentro del mes siguiente a la fecha en la cual sean aprobados, se depositará copia de los estados financieros de propósito general, junto con sus notas y el dictamen correspondiente, si lo hubiere, en la Cámara de Comercio del domicilio social. Esta expedirá copia de tales documentos a quienes lo soliciten y paguen los costos correspondientes.

“Sin embargo, las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección, vigilancia o control podrán establecer casos en los cuales no se exija depósito o se requiera un medio de publicidad adicional. También podrán ordenar la publicidad de los estados financieros intermedios.

“La Cámara de Comercio deberá conservar, por cualquier medio, los documentos mencionados en este artículo por el término de cinco años.

“Cuando los estados financieros se depositen en la Superintendencia de Sociedades, no tendrán que ser depositados en las cámaras de comercio. La Superintendencia de Sociedades asegurará los mecanismos necesarios para garantizar el acceso a la información que no tenga carácter reservado. La Cámara de Comercio deberá conservar, por cualquier medio, los documentos mencionados en este artículo por el término de cinco años” (se destaca).

Se observa que, en su primer inciso, el artículo contiene una autorización para que las cámaras de comercio expidan copias de los estados financieros de propósito general, por lo que se concluye que dichos documentos no se encuentran cubiertos por la reserva del artículo 61 del Código de Comercio.

Lo anterior, en concordancia con el artículo 34 de la norma citada, según la cual:

“Artículo 34. A fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, las sociedades deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados. Tales estados se difundirán junto con la opinión profesional correspondiente, si ésta existiera.

“El Gobierno Nacional podrá establecer casos en los cuales, en atención al volumen de los activos o de ingresos sea admisible la preparación y difusión de estados financieros de propósito general abreviados.

“Las entidades gubernamentales que ejerzan inspección, vigilancia o control, podrán exigir la **preparación y difusión de estados financieros de períodos intermedios.** Estos estados serán idóneos para todos los efectos, salvo para la distribución de utilidades”. (se destaca)

Los términos “difundir” y “difusión”, según la Superintendencia de Sociedades, está asociado con la posibilidad de poner a disposición del público esta información financiera⁴⁸. Por lo tanto, es dable establecer que el ordenamiento jurídico es claro en consagrar la publicidad de los estados financieros de propósito general.

Ahora bien, dicha Superintendencia ha analizado también el alcance de la publicidad introducida por el legislador y ha concluido que esta se extiende a las notas de los estados financieros. Lo anterior, entre otras, en virtud del artículo 36 de la Ley 222 de 1995⁴⁹. Sin embargo, en lo relacionado con los anexos de los estados financieros, la entidad ha manifestado que estos se encuentran protegidos por la reserva de los libros y papeles del comerciante⁵⁰.

En conclusión, tanto los estados financieros de propósito general, como sus notas, están por fuera del ámbito de cobertura de lo dispuesto en el artículo 61 del Código de Comercio sobre la reserva de los libros y papeles del comerciante. Por lo demás, es necesario evaluar si la información entregada puede ser considerada como libros y papeles del comerciante, y por lo tanto, aplicarles la reserva consagrada en su favor.

Por otro lado, en lo relacionado con la información que reposa en el SUI, algunos prestadores se opusieron a la divulgación de información financiera por parte de esta entidad⁵¹. Particularmente, se enfatizó en el deseo de mantener en reserva los formatos y aplicativos sobre el Plan Único de Cuentas, costos y gastos, los informes de cuentas por cobrar y pagar, los flujos de caja real y proyectado y sus conceptos, el estado de resultados proyectado y sus conceptos y el balance general proyectado y sus conceptos. Así mismo, se solicitó mantener en reserva la información reportada conforme a las normas NIIF.

Teniendo en cuenta las consideraciones teóricas expuestas anteriormente, esta Superintendencia considera que no existe ninguna restricción para la publicación de la información que se enlista a continuación en la medida en que repose en el SUI en cualquier formato:

a) Información general sobre estados financieros.

⁴⁸ Circular Externa No. 15 del 24 de septiembre de 1997 de la Superintendencia de Sociedades.

⁴⁹ El artículo 36 de la Ley 222 de 1995 consagra que “(l)os estados financieros estarán acompañados de sus notas, con las cuales conforman un todo indivisible. Los estados financieros y sus notas se prepararán y presentarán conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados”.

⁵⁰ Memorando número 220-055 Bis del 25 de febrero de 1999 de la Superintendencia de Sociedades.

⁵¹ PETRÓLEOS SUDAMERICANOS (radicado No. 2017-529-030074-2), BIOENERGAS (radicado No. 2017-529-030838-2), ENERTOLIMA (radicado No. 2017-529-030974-2), DISTASA (radicado No. 2017-529-030996-2), METROGAS (radicado No. 2017-529-031039-2), INTERC O (radicado No. 2017-529-031413-2), ENERGÍA DE PEREIRA (radicado No. 2017-529-03717-2), GECELCA (radicado No. 2017-529-031873-2), GASES DE OCCIDENTE (radicado No. 2017-529-031901-2), INTERCOLOMBIA (radicado No. 2017-529-031983-2), INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA (radicado No. 2017-529-031983-2), VATIA (radicado No. 2017-529-031985-2), ENERTOTAL (radicado No. 2017-529-032033-2), FORCEFUL ENERGY (radicado No. 2017-529-033244-2), CETSA (radicado No. 2017-529-034467-2), TERPEL (radicado No. 2017-529-0373542-2), EPSA (radicado No. 2017-529-030847-2), ENERCO (radicado No. 2017-529-030958-2), ALCANOS DE COLOMBIA (radicado No. 2017-529-030998-2), GASES DE ORIENTE (radicado No. 2017-529-031121-2), SURTIGAS (radicado No. 2017-529-031163-2), CENS, (radicado No. 2017-529-031245-2), DICEL (radicado No. 2017-529-031250-2), DICELER (radicado No. 2017-529-031253-2), GAS NATURAL BOYACÁ, (radicado No. 2017-529-031382-2), GAS NATURAL (radicado No. 2017-529-031385-2), ESSA (radicado No. 2017529-032220-2) y GAS NATURAL DE ORIENTE (radicado No. 2017-529-032857-2).

- b) Estado de situación financiera, corriente/no corriente.
- c) Estado de resultado integral, resultado del periodo, por función de gasto.
- d) Estado de flujos de efectivo, método directo e indirecto.
- e) Estado de cambios en el patrimonio.
- f) Notas, que incluyen información explicativa de los documentos mencionados en los numerales anteriores.

Por lo tanto, la información financiera que escape a estas categorías no será publicada a pesar de reposar en el SUI. Es decir, esta Superintendencia considera que los formatos A.3.1, A.3.2, A.4.1, A.4.2, A.5.1 y A.5.2, en lo relacionado con los documentos financieros prospectivos, de cuentas por cobrar y pagar y de costos y gastos, tienen carácter de información privada cobijada por el derecho a la intimidad y protegida por la reserva de los libros y papeles del comerciante. Ello, en razón a que se trata de información relevante para el funcionamiento administrativo de la sociedad, es decir, no para la prestación misma del servicio, ni para el control y vigilancia que deben ejercer los usuarios sobre esta actividad y, adicionalmente, es información que no se encuentra cobijada por la excepción a la reserva expuesta en este aparte.